

OFICIO 220-055241 DEL 18 DE MARZO DE 2016

ASUNTO: CUESTIONARIOS SOBRE CONFLICTOS SOCIETARIO EN SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Me refiero a las nueve comunicaciones radicadas con los números que a continuación se identifican, mediante las cuales formula varios interrogantes que en su orden serán relacionados.

Previamente se debe precisar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta (Art 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) esta Oficina emite los conceptos de carácter general a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias a su cargo, sin que las respuestas estén dirigidas a resolver situaciones concretas, menos a asesorar en asuntos de interés particular, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los usuarios sobre los temas de su competencia, lo que explica que sus conceptos no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Bajo ese presupuesto procede atender las solicitudes enunciadas, así

1) Rad.- 2016-01-034801: “es viable jurídicamente que en una sociedad de responsabilidad limitada se pacte estatutariamente que si bien la elección del revisor fiscal está a cargo de la junta de socios en los términos del artículo 204 del Código de Comercio, el socio minoritario tiene el derecho exclusivo de postular una lista de candidatos para que la junta elija?”

A ese propósito es necesario poner de presente las disposiciones legales pertinentes, a saber:

Art. 358._ La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios; éstos tendrán además de las atribuciones que señala el artículo 187, las siguientes:

.....

5a) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda. La junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones.

Art. 203._ Deberán tener revisor fiscal:

1o) Las sociedades por acciones;

2o) Las sucursales de compañías extranjeras, y

3o) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital.

Art. 204._ La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea o de la junta de socios.

En las comanditarias por acciones, el revisor fiscal será elegido por la mayoría de votos de los comanditarios.

En las sucursales de sociedades extranjeras lo designará el órgano competente de acuerdo con los estatutos.

De los preceptos citados se desprende que a la junta de socios le corresponde privativamente designar por mayoría absoluta de cuotas sociales el revisor fiscal cuando haya lugar; no obstante, en opinión de este Despacho nada obstaría para que en el contrato social se establezcan condiciones referidas a la postulación de candidatos por parte de los socios minoritarios, pues precisamente la figura del revisor fiscal encarna la facultad de control a la gestión de los administradores, especialmente en los casos en los que todos los socios delegan la administración en otros socios o en extraños, con lo cual esa medida garantizaría una mayor transparencia en la designación.

En todo caso se da por supuesto que es discreción del máximo órgano social con el lleno de las formalidades legales y estatutarias pertinentes, modificar las condiciones que en tal sentido se adoptadas, lo que a su turno supone su anuncio por parte de la mayoría para ese fin exigida.

2). Rad. -2016-01-034800: Tienen los socios de una sociedad de responsabilidad limitada derecho a grabar o video grabar una junta de socios? En caso afirmativo, ¿deben necesariamente advertirlo previamente a los participantes o pueden hacerlo sin conocimiento de estos? ¿pueden utilizar estas grabaciones como prueba en procesos judiciales o administrativos, tales como los de impugnación de actas y decisiones de junta o de responsabilidad de socios y/o administradores”?

A ese propósito la Superintendencia mediante oficio 220-000773 del 14 de enero de 2002 cuyo texto puede consultar en la página web, expuso ampliamente las consideraciones que sustentan su criterio, en el sentido de que efectivamente a los socios les asiste el derecho a grabar en medios magnetofónicos o audiovisuales, las reuniones de junta de socios. El documento concluye:

“.....6. En consecuencia, tomar notas personales de la reunión o grabar en medios magnetofónicos o audiovisuales, no afecta el derecho de reserva de la sociedad, ni afecta esferas personales ajenas por una supuesta apropiación indebida de la imagen o de la voz de los consocios; pero tal conducta le impone al socio la obligación de custodiar y de no utilizar indebidamente su documento, de la misma forma en que está obligado a no utilizar la información conocida en la reunión en detrimento de los intereses legítimos de la sociedad. Al fin y al cabo, la divulgación de información reservada, que conste o no en actas o en papeles sociales, es decisión privativa e indelegable que le corresponde a la sociedad a través de sus órganos competentes y, por tanto, ajena al arbitrio de un socio individualmente considerado. impugnación de actas y decisiones de junta o de responsabilidad de socios y/o administradores?

3). Rad.- 2016-01-034803: En relación con la interpretación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, en los cuales se establece que “las reuniones extraordinarias de la Junta General de Socios se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por convocación que haga la Junta Directiva, o el Presidente o el Revisor Fiscal (...)” (Art. 12) (cursivas añadidas), y que “el Presidente es el representante legal (...) En especial son atribuciones del Presidente (...) d) citar a la Junta Directiva o Junta de Socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario (...)” (Art18) (cursivas añadidas),

1.1. ¿Existe una contradicción entre las dos normas citadas en relación con la ocasión en que es procedente para el Presidente citar a una junta extraordinaria de socios, en el sentido de que la primera norma dispone que ello debe ocurrir “cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía”, y la segunda establece que es una atribución del Presidente citar a tales reuniones “cuando lo juzgue necesario”, sin más (o sea, incluso si las cuestiones a tratar no resultan objetivamente de “necesidades imprevistas o urgentes de la compañía”)? ¿En caso de que exista contradicción, cómo debe resolverse?

1.2. Es posible interpretar armónicamente ambas normas y concluir que las reuniones extraordinarias deben citarse siempre y solamente “cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía”, siendo este un requisito objetivo insalvable, pero que el juicio sobre tal exigencia y necesidad corresponde al Presidente, de tal manera que no puede éste, so pretexto de “juzgarlo necesario”, convocar por su libre arbitrio a una Junta Extraordinaria para tratar temas evidentemente no urgentes ni imprevistos o temas propios de la junta ordinaria?

1.3. ¿En caso de citar el Presidente a una reunión sobre temas que claramente podrían dejarse para la reunión ordinaria o que claramente no resultan de necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, podría alegarse que el Presidente compromete su responsabilidad por abusar de su facultad de citar a reuniones extraordinarias, particularmente si existen razones adicionales para creer que la citación responde realmente a un deseo de hostigar a los socios minoritarios?

Sin entrar de disquisiciones de carácter subjetivo que no vienen ahora al caso, basta remitirse a los preceptos de carácter general contenidos en los artículos 181 y 182 del Código de Comercio, de conformidad con los cuales se tiene que “ el representante legal podrá convocar a la junta de socios, cuando “ lo juzgue necesario” i:

A su turno el artículo 423, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión del artículo 372, igualmente establece que las reuniones extraordinarias de la asamblea se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por convocatoria de la junta directiva, del representante legal o del revisor fiscal.

En tal virtud, es apenas obvio que el representante legal, está legalmente facultado para convocar al máximo órgano social, cuando lo estime conveniente o cuando se presenten los presupuestos que de acuerdo con la última de última norma citada determinen su procedencia.

4).Rad. -2016-01-034799: ¿Qué responsabilidad le cabe a un Gerente general de una sociedad de responsabilidad limitada por no tener actualizado el libro de registro de socios?”

No llevar los libros en debida forma o mantenerlos desactualizados, obviamente comporta incumplimiento en los deberes a cargo de los administradores, lo que puede acarrear entre otros las sanciones a que haya lugar, como la contemplada por el Numeral 3° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, según el cual esta superintendencia cuenta con la facultad de imponer multas, sucesivas o no, a quienes incumplan la ley, los estatutos sociales o las instrucciones por ésta impartidas, sin perjuicio de la remoción por parte de los socios que en cualquier momento procede, gracias al principio de la libre revocabilidad de los mismos.

5). Rad.-2016-01-034805:- la sociedad XXX, con socios XXX (...) y la sociedad XXX con socios XXX .

Ambas sociedades se ubican en el sector de la producción y comercialización de productos petroquímicos; comparten oficinas, personal administrativo, inmuebles

en que se hayan ubicadas sus respectivas fábricas, avisos publicitarios, papelería, etc., y entre ellas, por voluntad de sus directivos y particularmente de Juan Pérez Gómez, no es extraña la práctica de transferirse activos y operaciones, así como prestarse mutuamente servicios, etc. “según convenga”, al decir de Juan Pérez Gómez, quien además ha declarado abiertamente que entre ambas compañías “siempre ha habido un enredo”,

1.1. Teniendo en cuenta el supuesto contemplado en el párrafo primero del artículo 27 de la ley 222 de 1995, modificatorio del artículo 261 del Código de Comercio, según el cual “igualmente habrá subordinación (...) cuando el control (...) sea ejercido por una o varias personas naturales”, ¿puede considerarse que XXX individualmente o conjuntamente con sus hermanas, es matriz de XXX?

1.2. Si la respuesta anterior es afirmativa, y si además existen fuertes indicios de que la administración de ambas compañías se ejerce con una unidad de propósito y dirección –impuesto por los mencionados controlantes–, a saber, (...) ¿puede decirse que existe Grupo Empresarial entre el señor 3 Pérez Gómez y las sociedades ALFA LTDA. y BETA SAS?

En el entendido que se trata de determinar si en el supuesto de hecho motivo de sus solicitudes se presentan los presupuestos señalados en los artículos 27 y 28 de la ley 222 de 1998 y si por ende, se configura una situación de control y/o de un grupo empresarial, baste decir que esa es una obligación que corresponde directamente a los interesados, amén de la verificación real y efectiva de las circunstancias particulares entre los sujetos eventualmente vinculados que es preciso efectuar.

Lo anterior, sin perjuicio de la función que cumple esta Superintendencia, cuando en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y/o control, practica de oficio a petición de parte una investigación administrativa, en la que previo análisis de los antecedentes respectivos emite un pronunciamiento vinculante de carácter particular.

No obstante, en aras a proporcionar mayores elementos para el estudio de la situación, se sugiere acudir a P. Web en la que puede consultar entre otros el oficio 220-021321 del 13 de febrero de 2011 a más de la Circular Básica Jurídica, la que resultará de gran utilidad consultar para los asuntos a su cargo.

6). Rad. 2016-01-034807- Una sociedad de responsabilidad limitada en la que estatutariamente se ha pactado la existencia de una Junta Directiva conformada por tres miembros elegibles mediante el sistema de cociente electoral, pero no se especifican términos de duración de los respectivos cargos, o sea, términos para la ocurrencia de nuevas elecciones; (...)

- tres hermanos son titulares del 65% de las cuotas sociales (en adelante “el grupo mayoritario”) y uno de ellos es el Gerente general y presidente de la Junta Directiva; el otro 35% es propiedad de dos sociedades de responsabilidad limitada pertenecientes en su totalidad a dos hermanos (en adelante “el grupo minoritario”) sin vínculos familiares con los titulares del 65%. Por tanto, el grupo minoritario asume que tiene derecho a elegir al menos uno de las tres miembros de la Junta Directiva; - Hace más de cuatro años, en una Junta de Socios en la que el grupo minoritario no hizo parte en la votación, el grupo mayoritario eligió a los tres miembros de Junta Directiva, quienes han devengado desde ese momento la cuantiosísima remuneración que los estatutos prevén para su cargo; pregunta:

(...)

1.1. ¿Son legales las actuaciones descritas del Gerente, los socios miembros del grupo mayoritario, los miembros de Junta Directiva y el Revisor Fiscal?

1.2. ¿En caso negativo, cuáles son los efectos jurídicos de tales actuaciones, y especialmente, qué responsabilidades jurídicas –de cualquier índole, esto es, civiles, penales, disciplinarias, etc.– pueden caberle a cada uno de los mencionados sujetos? En particular, ¿son responsables los miembros de Junta Directiva, el Gerente o los miembros del grupo mayoritario, de devolver –a la sociedad o al grupo minoritario– las remuneraciones que han recibido por encima de lo que legalmente hubieran podido/debido recibir, en caso de que se hubiera respetado el derecho del grupo minoritario a elegir al menos un miembro de Junta Directiva anualmente?

1.3. ¿Qué curso(s) de acción deben seguir y/o qué recurso(s) jurídico(s) pueden emplear los miembros del grupo minoritario para hacer valer sus derechos políticos y económicos en relación con la pertenencia a la Junta Directiva, así como para resarcirse los perjuicios derivados de su vulneración?

Considerando que los planteamientos descritos, evidencian la existencia de una situación de conflicto al interior de la misma sociedad objeto de su interés, respecto de los cuales no es este el escenario para ventilar, es necesario advertir que acuerdo con los artículos Art. 24 numeral 5° literal B y Art. 24 numeral 5° literal C del Código General del proceso, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Superintendencia, está facultada para conocer entre otros, de la acción encaminada a resolución de Conflictos Societarios o la Impugnación de decisiones de los órganos sociales, respectivamente.

Para documentarse sobre el particular, puede ingresar en la página de la Entidad al link de la Delegatura de Procedimientos mercantiles, en la que adicionalmente podrá conocer la jurisprudencia emitida en el trámite de los procesos verbal y

verbal sumario, propios de esta jurisdicción, sobre incumplimiento de los deberes del representante legal.

Ahora bien y sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales aludidas, es dable señalar que la posibilidad de remover la junta directiva, es una determinación propia del máximo órgano social, para lo cual, el representante legal por lo menos una vez al año deberá citar a los socios, con el objeto entre otras, de considerar la designación de administradores y demás funcionarios de su elección, como la Junta directiva, elección que debe efectuarse por el sistema del cuociente electoral (artículo 197 del Código de Comercio)

7) Radicación 2016-01-034810 – Luego de exponer la situación hipotética de la misma sociedad de responsabilidad limitada, formula varias preguntas relacionadas éstas con la validez jurídica que podría tener la transformación de otra que es socia de aquella, en una sociedad por acciones simplificada; se cuestiona también si esta operación tendría algún efecto sobre la existencia o continuidad de la sociedad o podría llegar a ser catalogada como una causal de disolución del ente jurídico del cual es socia la que se transformó.

Así mismo solicita que se indique si los restantes socios, que son personas naturales, podrían objetar tal operación; igualmente si jurídicamente es válido que los accionistas de la compañía socia vendan a un tercero sus acciones en ella, si esta operación tendría alguna incidencia en la existencia o continuidad de esa compañía, si podría considerarse como causal de disolución de la primeramente mencionada y si los socios personas naturales podrían objetar esta última operación.

Sobre el particular es del caso remitirse al artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, según el cual cualquier compañía, antes de su disolución, podrá transformarse en una sociedad por acciones simplificada, siempre que así lo decida su asamblea de accionistas o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. Agrega la norma que, además, tal determinación deberá constar en documento privado inscrito en el registro mercantil.

Bajo ese presupuesto entre otros, se ha de examinar la situación objeto de la hipótesis, teniendo en cuenta como ya se ha indicado que esta no es la vía para pronunciarse sobre la legalidad, inexistencia, invalidez, nulidad o cualquier otro vicio predicable de actos, operaciones o decisiones de los órganos sociales de sociedades cuyos antecedentes se desconocen.

Conforme se ha insistido, para ese efecto son otras las instancias administrativas o jurisdiccionales con las que cuentan los directos interesados.

8) Radicación 2016-01-034814 –Bajo esa radicación formula varios interrogantes acerca de la forma y alcance del ejercicio del derecho de inspección en una sociedad de responsabilidad limitada por parte del socio minoritario, esto es, qué tipo de documentos puede examinar, qué documentos se deben entender incluidos en la expresión ‘contabilidad de la sociedad’ y, en general, todos los documentos de la compañía a que se refiere el artículo 369 del Código de Comercio.

-si a ese socio le es posible pedir que tenga acceso a las facturas y demás comprobantes contables de los estados financieros, o pedir que se le suministre la lista de clientes y proveedores de la compañía así como la correspondencia cruzada con ellos o, finalmente, si puede solicitar tener alcance a los estudios de factibilidad y de valoración de proyectos específicos que haya acometido la compañía.

La norma que regula el ejercicio del derecho de inspección en una sociedad de responsabilidad limitada, es el artículo 369 del Código de Comercio, el cual prescribe que los socios tienen derecho a examinar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y, en general, todos los documentos de la compañía.

En el mismo sentido el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, estableció los precisos términos en que se puede ejercer, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. Prescribe también que en ningún caso este derecho se puede extender a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

Ahora bien, sobre la base de que todos los socios, minoritarios o mayoritarios, tienen igual prerrogativa para ejercer el referido derecho, es preciso tener en cuenta que éste no puede ser absoluto, puesto que no puede convertirse en un obstáculo para el desarrollo del objeto de la compañía.

Así lo ha sostenido de manera reiterada esta Superintendencia, como se lee en el Oficio 220-30201 del 16 de abril de 1999, en el que indicó: ‘Este derecho desde luego no tienen carácter absoluto, como quiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la empresa (por lo que resulta viable su reglamentación) como tampoco extenderse, según las voces del artículo 48 de la Ley 222 de 1995, a documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.’

En ese mismo concepto esta Entidad continúa diciendo: ‘La libertad del asociado, según las voces del artículo 369, es la de examinar, vocablo este que no tiene una connotación diferente de la de escudriñar con cuidado o diligencia el tema de su interés, pero no va más allá de una simple inspección; esto es, que el asociado no puede con base en la norma en comento, reclamar a los administradores de la sociedad nada distinto; sacar fotocopias y exigir las, supera el derecho allí consagrado, lo cual no obsta para que en un momento dado la junta de socios, máximo órgano social, determine la viabilidad de conceder cierta libertad a los asociados para que al examinar los distintos papeles de la empresa en el ejercicio del derecho de inspección, se les permita sacar directamente o solicitar a la administración las fotocopias que a bien tengan.’

Conviene también precisar que de acuerdo con lo dispuesto por el aludido artículo 48, las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección serán resueltas por la entidad que ejerza inspección, vigilancia o control y que, en el caso que la autoridad considere que hay lugar al suministro de información, impartirá la orden respectiva. Luego, en el evento de existir controversias alrededor del ejercicio de este derecho, como parece, los interesados podrán acudir a este Organismo a efectos de dirimirlas.

9) Radicación 2016-01-034817 – En este escrito plantea diversas preguntas relacionadas con el alcance del vocablo “destinación especial” al que alude el artículo 154 del Código de Comercio, que trata de las reservas ocasionales y los requisitos que debe cumplir para su constitución.

Luego llevada al mismo caso particular de su interés, pregunta si la reserva puede ser utilizada para llevar a que los minoritarios tengan que vender su participación social en una compañía.

Si debe entenderse que la reserva para capital de trabajo tiene una destinación especial en los términos del artículo mencionado; si una reserva ha sido aprobada sin cumplir con el requisito de la destinación especial, qué responsabilidad le cabe al gerente y a los socios que votaron afirmativamente dicha reserva.

Qué recurso jurídico puede emplear el socio minoritario disidente para poder participar plenamente de las utilidades sociales; por último, si es posible saber que las sumas retenidas como reservas con una destinación especial fueron utilizadas para ese fin específico, si es posible exigir su restitución y bajo qué supuestos o requisitos.

Nuevamente obliga reiterar que las preguntas hacen referencia a situaciones de orden particular, que por demás podrían ventilarse eventualmente ante esta Superintendencia, razón de más por la que no procede emitir concepto alguno, sin

incurrir en una posible inhabilidad para conocer del asunto en sede jurisdiccional o administrativa.

Para mayor claridad, cabe señalar que según la amplia jurisprudencia trazada por la H. Corte Constitucional, de la que ilustra la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad, como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se deba pronunciar en las instancias procesales, amén de los principios de independencia, transparencia e imparcialidad con que debe proceder.

Así las cosas, si su propósito es instaurar las demandas judiciales a que haya lugar, puede hacer uso de las atribuciones jurisdiccionales que se tramitan a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, en ejercicio de las cuales la Entidad se pronuncia mediante autos o sentencias, tal como lo dispone el artículo 302 ibidem.

iArt. 181._ Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos.

Se reunirán también en forma extraordinaria cuando sean convocados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, en su caso.

Art. 182._ En la convocatoria para reuniones extraordinaria se especificarán los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá. En las reuniones ordinarias la asamblea, podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado.

La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.

Quienes conforme al artículo anterior puedan convocar a la junta de socios a la asamblea, deberán hacerlo también cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social.

En los anteriores términos han sido atendidas sus solicitudes conforme a los alcances previstos en el Art 28 del C.C.A.